



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA

CAMILLA MAIYARA GARCIA VALADARES

**O ESTATUTO DAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE
PEQUENO PORTE EM FACE DO PROCEDIMENTO
LICITATÓRIO: BENEFÍCIOS TRAZIDOS PELA LEI
COMPLEMENTAR N.º 123/2006**

BRASÍLIA

2011

CAMILLA MAIYARA GARCIA VALADARES

**O ESTATUTO DAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE
PEQUENO PORTE EM FACE DO PROCEDIMENTO
LICITATÓRIO: BENEFÍCIOS TRAZIDOS PELA LEI
COMPLEMENTAR N.º 123/2006**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito
do Centro Universitário de Brasília –
UnICEUB.

Orientador: Prof. MSc Salomão Almeida
Barbosa

BRASÍLIA

2011

CAMILLA MAIYARA GARCIA VALADARES

**O ESTATUTO DAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO
PORTE EM FACE DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO:
BENEFÍCIOS TRAZIDOS PELA LEI COMPLEMENTAR N.º 123/2006**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito do
Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Prof. MSc Salomão Almeida Barbosa

Brasília, 14 de outubro de 2011.

Banca Examinadora

Prof. Salomão Almeida Barbosa
Orientador

Membro

Membro

Aos meus pais, Lincoln e Rosimeire, pelo apoio, amor, dedicação, paciência e por nunca terem medido esforços para que meus sonhos pudessem ser realizados.

Agradeço primeiramente a Deus, por ter me concedido a vida, por me agraciar com uma família maravilhosa e por possibilitar a realização dos meus sonhos.

Agradeço aos meus pais, Lincoln e Rosimeire, pelo amor incondicional e por serem meus primeiros e grandes professores, pois mesmo com tantos contratempos, me ensinaram a ver os encantos existentes em meu caminho e que cada obstáculo deve ser encarado como um estímulo para seguir em busca dos ideais. Aos meus irmãos Antony, Tábata e Gabriela por todo amor, gargalhadas e alegrias compartilhadas.

Agradeço aos meus avós Onofre, Maria e Dilma, pela torcida e orações. Ao meu padrinho Rodiney, à minha tia Diane, às primas Júlia e Laura, pelo carinho e por acreditarem no meu potencial. À minha madrinha Cleusa, meus primos Fábio, Emanuel e Poliana, pelo incentivo e força. À Nathália (in memoriam), que sempre será lembrada.

Ao meu orientador, Professor Salomão Almeida Barbosa, pela paciência, atenção, compreensão, e contribuição prestadas.

A todos os amigos que estiveram comigo durante essa trajetória e que torceram por mim e a todos que de alguma forma contribuíram e torceram para que esse sonho pudesse ser realizado!

"A verdadeira igualdade consiste em aquinhoar desigualmente seres desiguais."

Rui Barbosa

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1 MICROEMPRESA E EMPRESA DE PEQUENO PORTE.....	12
1.1 Origens do comércio e do direito comercial/empresarial.....	12
1.2 Definição.....	13
1.3 Previsão constitucional	14
2 PROCEDIMENTO LICITATÓRIO.....	16
2.1 Histórico das leis de licitação no Brasil.....	16
2.2 Definição	17
2.3 Modalidades	19
2.4 Princípios constitucionais e administrativos das licitações	21
2.4.1 <i>Fundamento</i>	21
2.4.2 <i>Legalidade</i>	22
2.4.3 <i>Impessoalidade</i>	22
2.4.4 <i>Moralidade</i>	23
2.4.5 <i>Publicidade</i>	23
2.4.6 <i>Eficiência</i>	24
2.4.7 <i>Isonomia</i>	24
2.4.8 <i>Probidade administrativa</i>	25
2.4.9 <i>Vinculação ao instrumento convocatório</i>	26
2.4.10 <i>Julgamento objetivo</i>	27
3 BENEFÍCIOS TRAZIDOS PELA LEI COMPLEMENTAR N.º 123/2006	29
3.1 Breve intróito.....	29
3.2 Fundamento	30
3.3 Regularidade Fiscal	32
3.4 Do direito de preferência em caso de empate fícto	35
3.5 Da Cédula de Crédito Microempresarial	39
3.6 Licitações exclusivas das ME's ou EPP's	40
CONCLUSÃO	49
REFERÊNCIAS	52

RESUMO

Trata-se de monografia que tem por objetivo analisar se os benefícios concedidos às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, no tocante às aquisições públicas, são aplicáveis e se ferem os princípios constitucionais e administrativos. Para tanto, após apresentadas as definições de Microempresa e Empresa de Pequeno Porte, do procedimento licitatório e dos princípios constitucionais administrativos, passa-se a analisar os benefícios trazidos pela Lei Complementar n.º 123/2006.

Palavras-chave: Direito Administrativo; Lei Complementar n.º 123/2006; Benefícios nas aquisições públicas; Licitações; Tratamento privilegiado; Direito de preferência; Empate ficto.

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem o objetivo de analisar a Lei Complementar n.º 123/2006, especificamente no que se refere aos artigos que tratam dos benefícios concedidos às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte nas contratações administrativas.

A Lei Complementar n.º. 123, também denominada de Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte, foi promulgada em 14 de dezembro de 2006.

Tal lei foi criada com a finalidade de complementar o disposto no inciso IX do artigo 170 da Constituição Federal de 1988, que prevê a necessidade de se dar tratamento favorecido a essa categoria de empresas, atendendo assim a um dos princípios da ordem econômica. No referido artigo, menciona-se que o tratamento diferenciado será concedido como simplificação das obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.

O Estatuto atendeu ao disposto na Carta Magna, assegurando, principalmente, benefícios de natureza tributária.

Apesar de a Constituição Federal prever a necessidade de proteger as empresas mencionadas, conforme se verifica no texto do inciso IX do artigo 170 da Carta Magna, disposto acima, em nenhum momento menciona-se que deve ser concedido tratamento diferenciado no que se refere aos contratos no âmbito da Administração Pública.

Para celebrar contratos, a Administração Pública deve atender ao disposto no inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal, o qual determina que essas contratações

devem ser realizadas por meio de licitações, as quais são normatizadas por lei específica, a Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993.

O procedimento licitatório possui certo rigor em suas etapas, conforme determinado pela Lei n.º 8.666/93. Além de procedimentos específicos, as licitações possuem também princípios específicos. No entanto, com a vigência da LC n.º 123/2006, várias modificações ocorreram, devido aos benefícios trazidos pela lei complementar, nos artigos 42 a 49.

A LC n.º 123/2006 tem gerado situações de conflito, nos artigos referentes às aquisições públicas, tendo em vista a falta de informação das próprias Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, a falta de divulgação da lei e às lacunas existentes. Além disso, existe também a insatisfação dos grandes empresários com os benefícios concedidos pela lei aos micro e pequenos empresários, que julgam esse favorecimento como desleal e como uma afronta aos princípios da isonomia e da impessoalidade.

Verifica-se, portanto, a existência do seguinte problema: a afirmação da existência de “conflito” entre os princípios básicos dos procedimentos licitatórios e o princípio da isonomia, que garantem a eficiência dos atos administrativos, e o favorecimento constitucional que levou à elaboração da LC n.º 123/2006.

Portanto, é sabido que o Estatuto das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, apesar de trazer benefícios que tem sua previsão na Constituição Federal, trouxe também muitos problemas, pois gerou conflitos e abriu brechas para a possibilidade de fraudes licitatórias.

Busca-se averiguar nesse trabalho se os benefícios concedidos às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte são realmente constitucionais, mesmo ignorando os princípios que regem os atos administrativos e se a Lei consegue ser aplicada, atingindo seu objetivo.

1 MICROEMPRESA E EMPRESA DE PEQUENO PORTE

1.1 Origens do comércio e do direito comercial/empresarial

Nos primórdios da civilização, os grupos sociais efetuavam o chamado escambo, que era a troca dos bens excedentes por aqueles que estavam em falta. Com o tempo, à medida que as dificuldades foram surgindo, foi-se descobrindo que era necessário criar uma mercadoria que pudesse ser trocada por qualquer outra e que tivesse um valor intrínseco, surgindo assim as moedas de cobre, prata e ouro. A criação da moeda proporcionou o surgimento de uma atividade específica, o comércio. Tal atividade era desenvolvida por pessoas que adquiriam uma quantidade grande de mercadorias, de diversas qualidades e que podiam ser utilizadas por diversos grupos sociais, com o objetivo de serem trocadas pelas moedas. A operação de disposição da mercadoria era denominada venda e, a de obtenção e troca pelas moedas, era denominada compra.¹

O Estado, que tem a finalidade de manter o equilíbrio social, começou a regular essa atividade de compra e venda, para evitar que os comerciantes ou mercadores (pessoas que praticavam a compra e a venda) passassem a ter uma margem exorbitante de lucros, resultando, provavelmente, no empobrecimento das pessoas que necessitavam as mercadorias. Com o tempo, o Estado passou a emitir leis, decretos, regulamentos, normas especiais limitando ou até mesmo impedindo essas atividades. O conjunto dessas normas que

¹ MARTINS, Fran. **Curso de Direito Comercial: empresa comercial, empresários individuais, microempresas, sociedades comerciais, fundo de comércio**. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 1-3.

regulam os atos comerciais e as atividades dos mercadores ou comerciantes se dá o nome de direito comercial.²

1.2 Definição

Primeiramente, antes de adentrar profundamente no objetivo deste estudo, cumpre definir o significado de Microempresa (ME) e Empresa de Pequeno Porte (EPP), para a Lei Complementar n.º 123/2006, conhecida como Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte. Segundo o artigo 3º da referida lei, a definição compreende a sociedade simples que estiver devidamente registrada no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, e a sociedade empresária e o empresário que estiverem devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis, desde que, em se tratando de Microempresas, sua receita bruta seja igual ou inferior a R\$ 240.000,00, em cada ano-calendário, e, em se tratando de Empresas de Pequeno Porte, superior a R\$ 240.000,00, mas igual ou inferior a R\$ 2.400.000,00.³

Considera-se receita bruta, conforme dispõe o § 1º do artigo 3º da lei em estudo, como o produto da venda de bens e serviços nas operações de conta própria, o preço dos serviços prestados e o resultado nas operações em conta alheia, não incluídas as vendas canceladas e os descontos incondicionais concedidos.⁴

No artigo 1º, §9º, da LC n.º 123/2006 encontra-se determinado que deixará de ser enquadrada como Empresa de Pequeno Porte aquela que exceder ao limite de receita bruta previsto no inciso II do *caput* deste artigo, qual seja, acima de R\$2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais), apenas no ano-calendário seguinte. No §10 do mesmo

² MARTINS, Fran. **Curso de Direito Comercial: empresa comercial, empresários individuais, microempresas, sociedades comerciais, fundo de comércio**. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 1-3.

³ MAMEDE, Gladston. **Direito Empresarial Brasileiro: empresas e atuação empresarial**, v. 1, 2. Ed, 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2008.

⁴ BRASIL. Lei Complementar 123, de 14 de dezembro de 2006. **Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte**. Brasília, 2006. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em 12 mar. 2011.

artigo também está determinado que a exclusão ocorrerá no ano-calendário seguinte caso as Microempresas e as Empresas de Pequeno Porte ultrapassem o limite de R\$200.000,00 (duzentos mil reais) multiplicados pelo número de meses de funcionamento no período, com efeitos retroativos ao início de suas atividades. Tal retroação terá efeito apenas para fins tributários, tendo em vista que o afastamento do tratamento diferenciado será de difícil aplicação nas hipóteses em que as ME's e EPP's infringam esta regra.⁵

1.3 Previsão constitucional

A Constituição Federal do Brasil estabelece proteções e preferências em vários aspectos às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte.

No inciso IX do artigo 170, há uma proteção às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, conforme abaixo:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.⁶

Além disso, encontra-se prescrito no artigo 179 da Carta Maior que:

Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.⁷

⁵ SCARPINO JUNIOR, Luiz Eugenio. As licitações diferenciadas na Lei Geral da Micro e Pequena Empresa, princípios da isonomia e economicidade nas contratações públicas. **Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP**. ano 8, n. 90, jun. 2009. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Brasília, 1988. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em 15 mar. 2011.

⁷ Ibidem.

Essa proteção, imposta pela Constituição, foi realizada através de lei complementar, conforme determina o artigo 146, inciso III, alínea “d”, que dispõe que:

Art. 146. Cabe à lei complementar:

[...]

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

[...]

d) definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, [...].⁸

Tais proteções e favorecimentos foram materializados com o advento da Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006.

Conforme se depreende do exposto acima, não se pode dizer que não existe previsão constitucional acerca da proteção às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, devendo, porém, ser analisado o alcance jurídico de tais proteções.

⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Brasília, 1988. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em 15 mar. 2011.

2 PROCEDIMENTO LICITATÓRIO

2.1 Histórico das leis de licitação no Brasil

A história das licitações no Brasil começou há mais de 400 anos, quando foi inserida nas Ordenações Filipinas, em 1592, com a seguinte redação: “E não se fará obra alguma, sem primeiro andar em pregão, para se dar de empreitada a quem houver de fazer melhor e por menos preço”.⁹

Em 29 de agosto de 1828, Dom Pedro I promulgou a Lei sem número que trazia em seu artigo 5º a seguinte normatização: “Aprovado o plano e algumas referidas obras, imediatamente será a sua construção oferecida a empresários por via de editais públicos, e, havendo concorrentes, se dará a preferência a quem oferecer maiores vantagens”.¹⁰

A primeira legislação a pormenorizar a forma de se fazer licitações foi o Decreto n.º 2.926, de 14 de maio de 1862, que regulamentava as arrematações dos serviços do Ministério da Agricultura, Commercio e Obras Públicas. As licitações eram então denominadas de arrematações.¹¹

O termo licitações surgiu somente em 10 de novembro de 1964, com a Lei n.º 4.401, que trazia em sua ementa o seguinte: “Estabelece normas para a licitação de

⁹ MOTTA, Carlos Pinto. **Eficácia nas licitações e contratos**. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

¹⁰ Ibidem.

¹¹ SCARPINO JUNIOR, Luiz Eugenio. As licitações diferenciadas na Lei Geral da Micro e Pequena Empresa, princípios da isonomia e economicidade nas contratações públicas. **Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP**. ano 8, n. 90, jun. 2009. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

serviços e obras e aquisição de materiais no Serviço Público da União, e dá outras providências.¹²

A Constituição Federal de 1988 trouxe em seu artigo 37, inciso XXI, a seguinte previsão:

[...]

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.¹³

[...]

Em razão dessa previsão, foi publicada a Lei Federal n.º 8.666/1993, chamada de Lei Geral de Licitações, que instituiu normas gerais para licitações e contratos realizados pela Administração Pública e deu outras providências.¹⁴

2.2 Definição

Para celebrar contratos, a Administração Pública deve atender ao disposto no inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal, como já visto no capítulo anterior, o qual determina que essas contratações devem ser realizadas por meio de licitações, as quais são normatizadas por lei específica.

A lei que regulamenta a matéria de licitações é a Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, conhecida como Lei Geral de Licitações. Todas as contratações realizadas pela

¹² SCARPINO JUNIOR, Luiz Eugenio. As licitações diferenciadas na Lei Geral da Micro e Pequena Empresa, princípios da isonomia e economicidade nas contratações públicas. **Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP**. ano 8, n. 90, jun. 2009. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

¹³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Brasília, 1988. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em 15 mar. 2011.

¹⁴ BRASIL. Lei n.º 8666, de 21 de junho de 1993: **Licitações e contratos administrativos**. Brasília, 2006. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em 12 mar. 2011.

Administração Pública com empresas privadas devem, obrigatoriamente, serem antecedidas pelo procedimento licitatório.

Para que houvesse eficácia e qualidade nas licitações é que se criou a Lei n.º 8.666/93.

Hely Lopes Meirelles define licitação da seguinte forma:

[...] é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. Como procedimento, desenvolve-se através de uma sucessão ordenada de atos vinculantes para a Administração e para os licitantes, o que propicia igual oportunidade a todos os interessados e atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos.¹⁵

Conforme se depreende da definição acima exposta, a maior finalidade do procedimento licitatório é a contratação da empresa que oferecer a maior vantagem. Cabe ressaltar que esta melhor vantagem não se refere somente ao menor valor, mas sim a proposta mais vantajosa para a coletividade, trazendo eficiência para os atos administrativos.

Portanto, a Lei Geral de Licitações tem o objetivo de regulamentar o dispositivo constitucional que trata do assunto, trazendo as modalidades, os princípios, os limites e as definições necessárias ao procedimento licitatório.

Por ser um procedimento, a licitação segue uma ordem de atos, onde cada um tem sua importância, autonomia e finalidade. Mesmo com o rigor previsto na Lei Geral de Licitações, o objetivo principal das licitações, que é a seleção de propostas mais vantajosas para a coletividade por meio da Administração Pública, muitas vezes não é alcançado, em razão da existência de procedimentos licitatórios viciados, improvisados, editais mal elaborados e de improbidade administrativa.

¹⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

As regras e princípios contidos na Lei Geral de Licitações foram evoluindo e se amoldando à Constituição de 1988, conforme as necessidades surgidas dos fatos históricos.¹⁶

Ressalta-se que a lei que regulamenta o procedimento licitatório deve ser observada, seguida e cumprida no âmbito Federal, Estadual e Municipal, por todos os órgãos da Administração Pública.

2.3 Modalidades

Na Lei Geral de Licitações, no artigo 22, encontram-se as cinco modalidades de licitações, quais sejam: concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão. Além dessas modalidades, existe ainda o pregão que é regulamentado por lei específica, a Lei nº. 10.520, de 17 de julho de 2002.

A modalidade Concorrência é aquela que se realiza com ampla publicidade para assegurar a participação de quaisquer interessados que preencham os requisitos previstos no edital¹⁷ e será utilizada quando se tratar de contratos de valores elevados. Portanto, as características básicas desta modalidade são a publicidade e a universalidade. A concorrência será cabível, também, nas licitações de caráter internacional.¹⁸

A Tomada de Preços é a modalidade realizada entre interessados devidamente cadastrados ou que preencham os requisitos para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação.¹⁹ Tal qualificação está prevista no artigo 36 da Lei n.º 8.666/93. Verifica-se que, para participarem

¹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009.

¹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

¹⁸ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 12 ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

¹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

desta modalidade de licitação, os interessados devem, obrigatoriamente, ser cadastrados na Administração, sendo este um dos pressupostos da habilitação. Tal modalidade é utilizada quando o contrato for de valor médio.

Convite, conforme entendimento da pesquisadora de direito Di Pietro:

[...] é a modalidade de licitação entre, no mínimo, três interessados do ramo pertinente a seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados pela unidade administrativa, e da qual podem participar também aqueles que, não sendo convidados, estiverem cadastrados na correspondente especialidade e manifestarem seu interesse com antecedência de 24 horas da apresentação das propostas.²⁰

Esta modalidade será utilizada quando se tratar de contratos de valores pequenos.

A modalidade Concurso consiste na modalidade de licitação entre quaisquer interessados para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmio ou remuneração aos vencedores.²¹ Trata-se, portanto, de uma modalidade especial de licitação que, embora sujeita aos princípios da publicidade e da igualdade entre os participantes, objetivando a escolha do melhor trabalho, dispensa as formalidades específicas da concorrência.²² Nesta modalidade a publicidade é assegurada por meio da publicação do edital com pelo menos 45 dias de antecedência.

Leilão, segundo Di Pietro, é:

[...] modalidade de licitação entre quaisquer interessados para a venda de bens móveis inservíveis para a Administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para a alienação de bens imóveis prevista no

²⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

²¹ Idem.

²² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 34 ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2008.

art. 19, a quem possa oferecer o maior lance, igual ou superior ao da avaliação.²³

Portanto, nesta modalidade, o critério utilizado será o do maior lance ofertado.

Ressalta-se que não será dado maior aprofundamento acerca do conceito e das peculiaridades das modalidades Concurso e Leilão, tendo em vista que o presente estudo trata da LC n.º 123/2006 e as regras desta lei aplicam-se à concorrência, à tomada de preços, ao convite e ao pregão.²⁴

Pregão é a modalidade de licitação para aquisição de bens e serviços comuns, promovida exclusivamente no âmbito da União, qualquer que seja o valor estimado da contratação, em que a disputa pelo fornecimento é feita por meio de propostas e lances em sessão pública.²⁵ Tal modalidade é tratada na Lei n.º 10.520, de 17 de julho de 2002, e pode ser utilizada pela Administração em substituição a qualquer outra modalidade. Porém, a Administração não é obrigada a utilizar esta modalidade, podendo optar por outra a seu critério.²⁶ Atualmente, existe também o pregão eletrônico, regulamentado pelo Decreto n.º 5.450, de 31 de maio de 2005, que é uma forma informatizada do pregão, bastante utilizado em razão de sua agilidade nos procedimentos licitatórios.

2.4 Princípios constitucionais e administrativos das licitações

2.4.1 Fundamento

A Administração Pública, ao realizar os procedimentos licitatórios, deve seguir também os princípios administrativos. Os princípios basilares estão previstos também

²³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

²⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **O Estatuto da Microempresa e as Licitações Públicas**. 2. ed. rev. e atual., de acordo com a Lei Complementar 123/2006 e o Decreto Federal 6.204/2007. São Paulo: Dialética, 2007.

²⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

²⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 34 ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2008.

no artigo 37 da Constituição, são eles: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Além desses princípios, na Lei Geral de Licitações, no artigo 3º, encontram-se elencados mais alguns princípios que o procedimento licitatório deve seguir, sendo eles: isonomia, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo.

Portanto, passa-se agora à análise dos princípios mencionados acima.

2.4.2 *Legalidade*

O princípio da legalidade determina que as atividades da Administração Pública são vinculadas, pois o administrador só pode fazer aquilo que a lei autoriza, ou seja, o procedimento licitatório deve seguir a lei. Segundo Mauro Roberto Gomes de Mattos:

[...] a Administração Pública, dotada de uma margem reconhecida de discricionariedade, sempre em benefício do interesse coletivo, encontra na legalidade o freio necessário para pautar seus atos dentro do espírito traçado pela lei.²⁷

Sendo assim, o princípio da legalidade é a demonstração de que o Estado deve se submeter à lei; é a consagração da idéia de que a Administração Pública só pode ser exercida na conformidade da lei.²⁸

2.4.3 *Impessoalidade*

O princípio da impessoalidade dispõe que o administrador deve agir sempre no intuito de fazer o melhor para a sociedade. Suas ações devem estar voltadas para a

²⁷ MATTOS, Mauro Roberto Gomes. **Licitação e seus Princípios na Jurisprudência**. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

²⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

promoção do bem estar social. Ele deve ser impessoal e não pode agir com o intuito de se favorecer, prejudicando algum interessado.

Esse princípio impede que o administrador público favoreça ou persiga os administrados, tratando-os desigualmente, pois do contrário haverá desvios ou abuso de poder, visto que a atuação pública deve pautar-se *secundum legem*.²⁹

Nas licitações a Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimementosas. Nem favoritismo nem perseguições são toleráveis.³⁰

2.4.4 Moralidade

O princípio da moralidade determina que o administrador deve seguir os bons costumes, ter uma conduta ética e moral, agir de acordo com a legalidade e seguir ao princípio da probidade administrativa.³¹

A moralidade deve ser encarada como pressuposto em todos os atos da Administração Pública. A Administração deverá sempre proceder em relação aos administrados com sinceridade, sendo-lhe interdito qualquer comportamento astucioso, eivado de malícia, produzido de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos por parte dos cidadãos.³²

2.4.5 Publicidade

O princípio da publicidade determina que os atos da Administração Pública devem ser conhecidos por todos os seus administrados, ou seja, transparentes. No que tange à

²⁹ MATTOS, Mauro Roberto Gomes. **Licitação e seus Princípios na Jurisprudência**. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

³⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

³¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

³² MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

licitação, todos os atos referentes devem ser publicados, para que todos tenham acesso às informações relacionadas ao procedimento.³³

Este princípio é extremamente importante para o procedimento licitatório, pois obriga a divulgação de todos os atos e que, somado ao princípio da igualdade, determina que todos tenham acesso às informações de todo processo licitatório. Um exemplo de sua importância no procedimento licitatório é a segurança que os concorrentes tem de que tudo que está ocorrendo no certame será conhecido por todos, fazendo com que todos tenham as mesmas chances.

2.4.6 Eficiência

O princípio da eficiência dispõe que os atos administrativos devem manter a presteza, a agilidade e a qualidade. É em razão deste princípio que se impõe a todo agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional.³⁴

Portanto, este princípio deve ser observado em todas as fases do procedimento licitatório, garantindo assim o atendimento ao objetivo da licitação com maior agilidade, rapidez e coerência.

2.4.7 Isonomia

Para seguir o princípio da isonomia no procedimento licitatório, deve-se dar oportunidade de participação no certame a todos os concorrentes, de maneira que todos fiquem em igualdade de condições. Ressalta-se que no inciso do § 1º do artigo 3º da lei, encontra-se disciplinado que não se deve admitir ou tolerar cláusulas ou condições que

³³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

³⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

impeçam a existência do caráter competitivo e que existam cláusulas que determinem diferenças.³⁵

Odete Medauar entende a aplicação deste princípio nos procedimentos licitatórios da seguinte forma:

[...] isonomia de tratamento para todos os licitantes ou para aqueles que pretendam participar da licitação, vedada qualquer discriminação. É o desdobramento do princípio constitucional da igualdade (art. 5º *caput* da CF) no âmbito licitatório.³⁶

Tem-se, portanto, que o princípio da isonomia é um dos princípios basilares do procedimento licitatório, tendo em vista que em razão dele os participantes do certame estarão concorrendo em condições iguais na disputa.

2.4.8 *Probidade administrativa*

Determina que, no procedimento licitatório, deve-se observar para que o administrador aja sempre de forma ética, visando sempre a supremacia do interesse da coletividade. Vê-se aplicação de tal princípio, por exemplo, no sigilo das propostas. Nessa fase, os licitantes enviam os envelopes lacrados com suas propostas e tem a confiança de que estes somente serão abertos depois de iniciada a fase de abertura das propostas.³⁷

Sobre a importância da probidade administrativa nas aquisições de bens e serviços pela Administração Pública, Odete Medauar afirma o seguinte:

[...] integrantes de comissões de licitação, agentes públicos e autoridades que, de alguma forma têm participação no processo licitatório não de atuar com retidão, sem visar o proveito próprio ou locupletamento de outrem. A Lei 8.428/1992 arrola entre os casos de improbidade administrativa as condutas que frustrem a licitude do processo licitatório ou o dispensem

³⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

³⁶ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 12 ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

³⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

indevidamente. [...] na Lei 8.666/1993, muitos dispositivos visam à responsabilidade penalmente em quem atua com improbidade administrativa em processo licitatório.³⁸

O Tribunal Regional Federal da 1ª Região já decidiu o seguinte sobre o assunto:

1. A licitação tem como objetivo a escolha da melhor proposta para a Administração Pública seja na compra e venda de bens ou na contratação de serviços de particulares nos termos do art. 3º da Lei de Licitações.
2. A conduta praticada pelos participantes consubstanciada em forjar concorrência de procedimento licitatório é prática altamente reprovável, que desconstrói todo o fundamento da licitação e, além disso, lesa os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade e da probidade administrativa.
3. Constitui ato de improbidade administrativa que causa prejuízo ao erário, o conluio para criar pseudo concorrência, frustrando o caráter competitivo do procedimento licitatório, nos termos do art. 10, VIII, da Lei de Improbidade Administrativa.
4. Apelação desprovida.³⁹ (grifo nosso)

Tem-se então que o administrador, os agentes públicos, as autoridades, bem como os integrantes das comissões de licitação são obrigados a ter uma postura ética, visando sempre o interesse público.

2.4.9 Vinculação ao instrumento convocatório

No procedimento licitatório, o edital é lei. Sendo assim, todos os licitantes e a Administração estarão vinculados aos termos do edital. Ressalta-se que, após a devida publicação do edital, este não poderá ser modificado, salvo por justificado motivo de interesse da coletividade. Nesses casos, todas as modificações realizadas devem ser comunicadas e

³⁸ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 12 ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

³⁹ BRASIL. **Tribunal Regional Federal da 1ª Região**. Apelação Cível. AC 0018953-65.2005.4.01.3300/BA. Terceira Turma. Relator: Desembargador Federal Carlos Olavo. Brasília, 06 de junho de 2011. Disponível em: www.trf1.jus.br/default.htm. Acesso em 11 de agosto de 2011.

publicadas amplamente para que todos os participantes do certame tenham conhecimento com um prazo razoável, determinado, antes de acontecer a licitação.⁴⁰

Aliás, sobre o assunto, o entendimento do Tribunal Regional Federal da 1ª Região é o seguinte:

- [..] 7. Pelo princípio da vinculação ao instrumento convocatório, "a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada" (Lei nº 8.666/93, art. 3º, 41 e 43, I).
8. O edital é a lei da licitação. A despeito do procedimento ter suas regras traçadas pela própria Administração, não pode esta se furtar ao seu cumprimento, estando legalmente vinculada à plena observância do regramento. Se a apelante não cumpriu, em suas propostas, as especificações técnicas exigidas pelo instrumento convocatório, não pode pretender sua manutenção no certame.
9. Correta a sentença de improcedência do pedido de cautela processual, na medida em que não demonstrada a plausibilidade do direito invocado (*fumus boni iuris*).
10. Apelação da autora improvida.⁴¹

Verifica-se, portanto que, tendo em vista o edital ser a lei de toda e qualquer licitação, tanto os concorrentes quanto a Administração estarão vinculados aos seus termos, não podendo nenhum deles descumprir as normas e condições nele previstas.

2.4.10 Julgamento objetivo

Determina que seja realizada uma análise justa das propostas. Ressalta-se que para Di Pietro este princípio é decorrente do princípio da legalidade e que, portanto, o julgamento das propostas há de ser feito de acordo com os critérios fixados no edital.⁴²

⁴⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

⁴¹ BRASIL. **Tribunal Regional Federal da 1ª Região**. Apelação Cível. AC 0000227-44.1999.4.01.3400/DF. Quinta Turma. Relatora: Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida. Brasília, 02 de junho de 2010. Disponível em: www.trf1.jus.br/default.htm. Acesso em 11 de agosto de 2011.

⁴² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

Para Odete Medauar, julgamento objetivo significa que deve se nortear pelo critério previamente fixado no instrumento convocatório, observadas todas as normas a respeito.⁴³

Sendo assim, em atendimento a este princípio, o objetivo da licitação será sempre o de selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública e para a coletividade. Portanto, nas licitações de preço, por exemplo, o vencedor do certame deverá ser aquele que oferecer o menor preço.

Este princípio será aplicado, principalmente, na fase de abertura das propostas, fazendo com que ocorra sua análise justa.

⁴³ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 12 ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

3 BENEFÍCIOS TRAZIDOS PELA LEI COMPLEMENTAR N.º 123/2006

3.1 Breve intróito

A Lei Complementar traz desde seu primeiro artigo regras que estabelecem os favorecimentos e proteções inovadoras, determinados pela Constituição Federal, especialmente no que se refere à questão fiscal.

Para Jonas Lima, a lei em questão foi criada com uma intenção favorável, pois contribuiu para materializar o tratamento favorecido que estava previsto na Constituição. Porém, ainda segundo este autor, há ainda muito o que se discutir a respeito dessa lei no que se refere às aquisições públicas, pois a aplicação da Lei Complementar n.º 123/2006 de forma incorreta pode trazer sérios problemas.⁴⁴

Já para Sidney Bittencourt, a Lei Complementar n.º 123/2006 provocou uma certa estranheza no meio jurídico, pois possui normas mal redigidas, com inúmeras incoerências, o que acaba dificultando em excesso sua aplicação. Ressalta o autor que tal situação não poderia ocorrer, em razão da importância dos procedimentos licitatórios, podendo, até mesmo, prejudicar o bom andamento da máquina estatal.⁴⁵

Desde a publicação da lei complementar, vários especialistas da área administrativa como Marçal Justen Filho, Sidney Bittencourt e Jonas Lima têm estudado a lei e verificado que, devido a sua má formulação, existe dificuldade em aplicá-la.

⁴⁴ LIMA, Jonas. **O Estatuto da Microempresa e as Licitações Públicas**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2007.

⁴⁵ BITTENCOURT, Sidney. **As licitações públicas e o estatuto das microempresas**. Rio de Janeiro: Temas e Idéias, 2007.

Porém, neste trabalho, será tratado apenas do favorecimento e o tratamento privilegiado concedido às Microempresas, no que tange à preferência nas licitações, estando previsto na LC n.º 123/2006, no Capítulo V, artigos 42 a 49.

3.2 Fundamento

Os benefícios trazidos pela LC n.º 123/06, no que tange às aquisições públicas, estão previstos nos artigos 42 a 49.

As disposições previstas nos artigos 42 a 45 são auto-executáveis. Sendo assim, caso o Edital não mencione que a licitação será regida pela LC n.º 123/06, os licitantes não serão prejudicados, pois estes poderão exigir seu cumprimento. Já as disposições previstas nos artigos 47 e 48 dependem de disposição expressa no edital, tendo em vista se tratar de licitações exclusivas para as ME's e EPP's⁴⁶. Sobre isso o Tribunal Regional Federal da 1ª Região já decidiu:

1. A possibilidade de as microempresas e das empresas de pequeno participarem de licitação não acarreta, por si só, a disparidade de tratamento no tocante aos requisitos de habilitação, com base na LC 123/2006, privilégio este que, nos termos do art. 49, I, da citada lei complementar, deve estar expressamente previsto no edital da licitação. Do contrário, concorrerão em igualdade de condições com as demais empresas, sob pena de quebra do princípio da isonomia e adoção de critérios não previstos no edital.
2. Agravo regimental a que se nega provimento.⁴⁷

Também a respeito deste tema, o Ministro Aroldo Cedraz, do Tribunal de Contas da União, já emitiu o seguinte voto:

⁴⁶ SCARPINO JUNIOR, Luiz Eugenio. As licitações diferenciadas na Lei Geral da Micro e Pequena Empresa, princípios da isonomia e economicidade nas contratações públicas. **Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP**. ano 8, n. 90, jun. 2009. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

⁴⁷ BRASIL. **Tribunal Regional Federal da 1ª Região**. Agravo Regimental no Agravo Inominado. AGRAGI 2008.01.00.046448-6/DF. Sexta Turma. Relator(a): Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues. Brasília, 17 de novembro de 2008. Disponível em: www.trf1.jus.br/default.htm. Acesso em 11 de agosto de 2011.

[...]

3. Entendo, contudo, conforme consignei no despacho concessivo da cautelar, que tal requisito não se fazia obrigatório. De fato, em uma análise mais ampla da lei, observo que seu art. 49 explicita que os critérios de tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte previstos em seus arts. 47 e 48 não poderão ser aplicados quando “não forem expressamente previstos no instrumento convocatório”. A lei já ressaltou, portanto, as situações em que seriam necessárias expressas previsões editalícias. Dentre tais ressalvas, não se encontra o critério de desempate com preferência para a contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte, conforme definido em seus arts. 44 e 45 acima transcritos.

4. A existência da regra restringido a aplicação dos arts. 47 e 48 e ausência de restrição no mesmo sentido em relação aos arts. 44 e 45 conduzem à conclusão inequívoca de que esses últimos são aplicáveis em qualquer situação, independentemente de se encontrarem previstos nos editais de convocação.

[...]

8. Observo, aliás, que os comandos contidos nos arts. 44 e 45 são impositivos (“proceder-se-á da seguinte forma...”), ao passo que a redação conferida aos arts. 47 e 48 deixam claro seu caráter autorizativo (“a administração pública poderá...”). As regras insculpidas nos arts. 44 e 45 não são, portanto, facultativas, mas auto-aplicáveis desde o dia 15.12.2006, data de publicação da Lei Complementar 123.⁴⁸

[...]

Sendo assim, mesmo que as regras dispostas nos artigos 44 e 45 não estejam previstas no edital, as Microempresas e Empresas de Pequeno Porte poderão exigir seu cumprimento. Já as regras previstas nos artigos 47 e 48 deverão, para serem cumpridas, estar expressamente dispostas no edital.

No artigo 49 encontram-se as causas em que não será aplicado o tratamento diferenciado às ME's e EPP's. A primeira causa é a ausência de previsão no edital de que os critérios de tratamento diferenciado devem ser aplicados; a segunda é ausência de competitividade, ocorrendo quando não há no mínimo três fornecedores no local ou na região com condições de cumprir as exigências do edital; a terceira causa é subjetiva, pois torna inaplicável o tratamento diferenciado quando não for vantajoso para a Administração Pública;

⁴⁸ BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. Representação. Acórdão 2144/2007 - Plenário. Relator(a): Ministro Aroldo Cedraz. Brasília, 11 de outubro de 2007. Disponível em: <http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=1&doc=46&dpp=50&p=0>. Acesso em 15 de setembro de 2011.

e a quarta é nos casos de dispensa e inexigibilidade, conforme previsto nos artigos 24 e 25 da Lei n.º 8.666/93.⁴⁹

3.3 Regularidade Fiscal

A Lei n.º 8.666/93 prevê em seu artigo 27, inciso IV, que será exigido dos interessados, na habilitação, a apresentação de documentação relativa à sua regularidade fiscal.

Segundo Maria Sylvia Di Pietro:

Na fase de habilitação, a Administração Pública abre, em ato público, os envelopes contendo a documentação [...]. Examinados os documentos, serão considerados habilitados os licitantes que tiverem atendido às exigências do edital, não sendo permitido, após o ato público de abertura dos envelopes, a apresentação ou substituição de documentos. Os licitantes que não estiverem com a documentação em ordem serão considerados inabilitados para participar da licitação e recebem de volta, fechado, o envelope contendo sua proposta [...].⁵⁰

Nesta fase as Microempresas e Empresas de Pequeno Porte já podem utilizar seu direito utilizando um dos benefícios concedidos pela lei.

A regularização fiscal consiste na apresentação, pelo contribuinte, do cumprimento de suas obrigações tributárias, não só pelo pagamento, mas também pelo parcelamento do débito, ou ainda daquele que obteve decisão provisória, em processo que discute judicialmente a legitimidade da obrigação imposta, suspendendo sua exigibilidade.⁵¹

A LC n.º 123/2006 contempla, em seus artigos 42 e 43, o benefício da regularização fiscal tardia, conforme abaixo:

⁴⁹ SCARPINO JUNIOR, Luiz Eugenio. As licitações diferenciadas na Lei Geral da Micro e Pequena Empresa, princípios da isonomia e economicidade nas contratações públicas. **Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP**. ano 8, n. 90, jun. 2009. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

⁵⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

⁵¹ SANTOS, José Anacleto Abduch. **Licitações e o Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

Art. 42 – Nas licitações públicas, a comprovação de regularidade fiscal das microempresas e empresas de pequeno porte somente será exigida para efeito de assinatura do contrato.

Art. 43 – As microempresas e empresas de pequeno porte, por ocasião da participação em certames licitatórios, deverão apresentar toda a documentação exigida para efeito de comprovação de regularidade fiscal, mesmo que esta apresente alguma restrição.

§1º Havendo alguma restrição na comprovação de regularidade fiscal, será assegurado o prazo de 2 (dois) dias úteis, cujo termo inicial corresponderá ao momento em que o proponente for declarado o vencedor do certame, prorrogáveis por igual período, a critério da Administração Pública, para a regularização da documentação, pagamento ou parcelamento do débito, e emissão de eventuais certidões negativas ou positivas com efeito de certidão negativa.

§2º A não-regularização da documentação, no prazo previsto no §1º deste artigo, implicará decadência do direito à contratação, sem prejuízo das sanções previstas no art. 81 da Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, sendo facultado à Administração convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para a assinatura do contrato, ou revogar a licitação.⁵²

Verifica-se que o art. 42 concede às ME's e EPP's a possibilidade de comprovar sua regularidade fiscal somente na contratação. Porém, tal benefício não afasta a necessidade de apresentação de todos os documentos exigidos, mesmo que existam restrições.⁵³

Marçal Justen Filho define tal benefício da seguinte forma:

[...] trata-se da faculdade de regularização dos defeitos existentes e comprovados nos documentos de regularidade fiscal apresentados na oportunidade devida pela pequena empresa. Daí se segue que o licitante que tiver deixado de apresentar documento de regularidade fiscal, exigido no ato convocatório, deverá ser inabilitado.⁵⁴

⁵² BRASIL. Lei Complementar 123, de 14 de dezembro de 2006. **Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte**. Brasília, 2006. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em 12 mar. 2011.

⁵³ SCARPINO JUNIOR, Luiz Eugenio. As licitações diferenciadas na Lei Geral da Micro e Pequena Empresa, princípios da isonomia e economicidade nas contratações públicas. **Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP**. ano 8, n. 90, jun. 2009. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

⁵⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **O Estatuto da Microempresa e as Licitações Públicas**. 2. ed. rev. e atual., de acordo com a Lei Complementar 123/2006 e o Decreto Federal 6.204/2007. São Paulo: Dialética, 2007.

Portanto, o benefício está não na possibilidade de complementação de documentos, mas sim na de sanear a irregularidade presente em um dos documentos apresentados. Segundo Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, deve ser desta forma, pois, do contrário, estabelecer-se-ia a desordem processual, ficando os beneficiários da Lei Complementar n.º 123/2006 com o direito de apresentar parte dos documentos no momento em que bem entendessem. Para ele, licitação é procedimento formal.⁵⁵

O prazo para sanar o defeito/irregularidade, conforme previsto no §1º, será de 2 (dois) dias úteis, contados a partir do momento em que o proponente for declarado vencedor do certame, prorrogáveis por igual período, a critério da autoridade.

Ressalta-se que é na adjudicação que o proponente é declarado vencedor do certame, devendo, portanto, o prazo para regularização começar a contar a partir deste momento.⁵⁶

O art. 43, além de conceder um benefício, impõe também penalidades às ME's e EPP's que não regularizarem a documentação, que é a decadência ao direito de contratação, a sujeição às penalidades previstas no art. 81 da Lei n.º 8.666/93, chamada dos licitantes remanescentes ou, se for o caso, revogação do certame.

A parte final do §2º do art. 43, que trata das penalidades, é objeto de opiniões divergentes: entende-se que o gestor público tem o dever de apurar responsabilidade

⁵⁵ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **O Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte, a Lei de Licitações e Contratos e a Lei do Pregão**. Disponível em: <http://www.jacoby.pro.br/Artigo_ProfessorJacoby.pdf>. Acesso em: 12 set. 2011.

⁵⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **O Estatuto da Microempresa e as Licitações Públicas**. 2. ed. rev. e atual., de acordo com a Lei Complementar 123/2006 e o Decreto Federal 6.204/2007. São Paulo: Dialética, 2007.

e o dever-direito de aplicar a sanção⁵⁷ e que o legislador foi rigoroso, pois não é concebível estabelecer penalidades à ME ou EPP vencedora que deixar de sanear a documentação⁵⁸. Concorda-se com a primeira opinião. Entende-se que deve existir a penalidade, com caráter pedagógico. Se era sabido pela ME ou EPP participante do certame que não haveria possibilidade de regularizar sua situação fiscal, não deveria ter participado procedimento licitatório, preterindo a contratação de outro participante que estava com sua situação fiscal regular, deverá ser penalizado por ter agido de forma desleal, ferindo ao princípio da boa-fé. Porém, caso o participante consiga comprovar que a não-regularização não ocorreu por má-fé, a Administração Pública poderá deixar de aplicar a sanção.⁵⁹

3.4 Do direito de preferência em caso de empate ficto

Os arts. 44 e 45 da LC 123/06 trouxeram outro benefício para as ME's e EPP's ao criar um critério de desempate nas licitações, caso uma delas empate com licitante que não seja dessa categoria empresarial, conforme abaixo:

Art. 44 – Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte.

§1º Entende-se por empate aquelas situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% (dez por cento) superiores à proposta mais bem classificada.

§2º Na modalidade de pregão, o intervalo percentual estabelecido no §1º deste artigo será de até 5% (cinco por cento) superior ao melhor preço.

Art. 45 – Para efeito do disposto no art. 44 desta Lei Complementar, ocorrendo o empate, proceder-se-á da seguinte forma:

I – a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada poderá apresentar proposta de preço inferior àquela considerada vencedora do certame, situação em que será adjudicado em seu favor o objeto licitado;

⁵⁷ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **O Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte, a Lei de Licitações e Contratos e a Lei do Pregão**. Disponível em: <http://www.jacoby.pro.br/Artigo_ProfessorJacoby.pdf>. Acesso em: 12 set. 2011.

⁵⁸ RIGOLIN, Ivan Barbosa. **Micro e pequenas empresas em licitação**: a LC n. 123/06 de 14.12.06. São Paulo: Thomson, 2007.

⁵⁹ SANTOS, José Anacleto Abduch. **Licitações e o Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

II – não ocorrendo a contratação da microempresa ou empresa de pequeno porte, na forma do inciso I do caput deste artigo, serão convocadas as remanescentes que porventura se enquadrem na hipótese dos §§1º e 2º do art. 44 desta Lei Complementar, na ordem classificatória, para o exercício do mesmo direito;

III – no caso de equivalência dos valores apresentados pelas microempresas e empresas de pequeno porte que se encontrem nos intervalos estabelecidos nos §§1º e 2º do art. 44 desta Lei Complementar, será realizado sorteio entre elas para que se identifique aquela que primeiro poderá apresentar melhor oferta.

§1º Na hipótese da não-contratação nos termos previstos no caput deste artigo, o objeto licitado será adjudicado em favor da proposta originalmente vencedora do certame.

§2º O disposto neste artigo somente se aplicará quando a melhor oferta inicial não tiver sido apresentada por microempresa ou empresa de pequeno porte.

§3º No caso de pregão, a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada será convocada para apresentar nova proposta no prazo máximo de 5 (cinco) minutos após o encerramento dos lances, sob pena de preclusão.⁶⁰

Sendo assim, será considerado empate quando houver mais de uma proposta com idêntico valor ou que a diferença entre as propostas se enquadre nos limites percentuais estabelecidos.

Para Marçal Justen Filho, “produz-se, desse modo, uma *ficção de empate*, na medida em que, sob o prisma aritmético, não existe igualdade de valores.”⁶¹

Desta forma, caso exista uma licitação em que uma empresa comum ofereça uma proposta no valor de, por exemplo, R\$100,00 (cem reais), outra empresa comum ofereça R\$102,00 (cento e dois reais) e que uma ME ou EPP ofereça R\$110,00 (cento e dez reais), deverá ser reconhecida a configuração do empate ficto entre a primeira empresa e a ME ou EPP, devendo ser concedido à esta última o direito de preferência. Verifica-se, portanto, que o benefício deve ser concedido independentemente da colocação que a proposta da ME ou EPP

⁶⁰ BRASIL. Lei Complementar 123, de 14 de dezembro de 2006. **Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte**. Brasília, 2006. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em 12 mar. 2011.

⁶¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **O Estatuto da Microempresa e as Licitações Públicas**. 2. ed. rev. e atual., de acordo com a Lei Complementar 123/2006 e o Decreto Federal 6.204/2007. São Paulo: Dialética, 2007.

alcançou. O critério normativo está na diferença proporcional entre o valor da menor oferta, realizada por uma empresa comum, e a oferta de uma ME ou EPP.⁶²

A Microempresa ou Empresa de Pequeno Porte mais bem classificada, dentro dos moldes dos artigos 44 e 45 da lei, deverá cobrir a oferta da empresa comum e reduzi-la. Não podendo, portanto, somente igualar. Após, o objeto licitado deverá ser adjudicado à ME ou EPP.

Tanto a LC 123/06, quanto a Lei 8.666/93, não determinam qual é o prazo que as ME's ou EPP's tem para cobrir a oferta, quando não se tratar de pregão (5 minutos após o encerramento dos lances). Sendo assim, a Administração Pública deve estabelecer, nos instrumentos convocatórios, um prazo razoável para isto, podendo assim evitar tumultos e o retardamento da conclusão dos trabalhos.⁶³

A Administração deverá deferir de ofício os benefícios previstos nos artigos acima mencionados, independentemente de qualquer provocação do interessado. Porém, caso a Administração não faça, as ME's ou EPP's poderão requerer a concessão do direito de preferência.

É importante ressaltar que, não existe empate ficto quando o primeiro e o segundo lugar forem ME ou EPP. Porém, caso ocorra de duas ou mais Microempresas ou Empresas de Pequeno Porte ofertarem o mesmo valor, deverá ocorrer o sorteio entre elas para definir a que terá direito a apresentar primeiro a nova oferta, conforme determinado pelo

⁶² JUSTEN FILHO, Marçal. **O Estatuto da Microempresa e as Licitações Públicas**. 2. ed. rev. e atual., de acordo com a Lei Complementar 123/2006 e o Decreto Federal 6.204/2007. São Paulo: Dialética, 2007.

⁶³ SCARPINO JUNIOR, Luiz Eugênio. As licitações diferenciadas na Lei Geral da Micro e Pequena Empresa, princípios da isonomia e economicidade nas contratações públicas. **Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP**. ano 8, n. 90, jun. 2009. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

inciso III do artigo 45 da lei.⁶⁴ Para que ocorra o cumprimento efetivo deste benefício, cada empresa favorecida deverá ser convocada para cobrir o lance menor ou proposta mais vantajosa somente uma vez, pois, caso contrário, poderia levar a competição entre as Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, em detrimento da categoria empresarial que a lei pretende proteger.⁶⁵

A respeito deste benefício, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes possui o seguinte entendimento:

Essa é uma área de tensão, pois o princípio fundamental da licitação é a isonomia, por força da Constituição Federal. Logo, somente ancorado em dispositivo constitucional ou em princípio conforme a Constituição é que se há de admitir a validade de regra que privilegia algum setor da produção, alguma categoria de licitante ou algum tipo de objeto. [...] todo o sistema jurídico da licitação foi construído para a busca da proposta mais vantajosa, somente atendido o princípio da isonomia. [...] Parece evidente que a simplificação desigualdade as empresas, afetando a isonomia por via reflexa. Já o direito de preferência situa-se num patamar de afastamento da isonomia; lhe é um instituto antagônico por natureza.⁶⁶

Todavia, entende-se, aqui, de forma diversa. O benefício do direito de preferência em caso de empate ficto concedido às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte não deve ser considerado inconstitucional, pois o tratamento favorecido e diferenciado está previsto nos artigos 170, IX e 179 da Constituição Federal. Além disso, esse tratamento não fere o princípio da isonomia, porque tal princípio preceitua que os iguais devem ser tratados de maneira igual e os desiguais de maneira desigual, na medida de sua desigualdade. Não há possibilidade de se comparar o poder econômico de uma grande empresa, a facilidade

⁶⁴ BRASIL. Lei Complementar 123, de 14 de dezembro de 2006. **Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte**. Brasília, 2006. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em 12 mar. 2011.

⁶⁵ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **O Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte, a Lei de Licitações e Contratos e a Lei do Pregão**. Disponível em: <http://www.jacoby.pro.br/Artigo_ProfessorJacoby.pdf>. Acesso em: 12 set. 2011.

⁶⁶ Ibidem.

que elas possuem de acesso a informações, produção e comercialização em larga escala, com o de uma ME ou EPP. Sobre essa questão, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região seguinte:

[...] 4. Os benefícios concedidos pela LC 123/2006 às empresas de pequeno porte não ferem o princípio da isonomia nem, tampouco, o da competitividade (CF, art. 170, IV), mas, ao contrário, reflete política governamental que busca estimular a concorrência, não sendo desarrazoado presumir que micro-empresas e empresas de pequeno porte necessitam de tratamento diferenciado que facilite sua sobrevivência no mercado.⁶⁷

Portanto, a LC n.º 123/2006 não fere o princípio da isonomia ao tratar de forma diferenciada empresas que estão em situação diferenciada.

3.5 Da Cédula de Crédito Microempresarial

O art. 46 da LC 123/06 trouxe uma novidade, o título de crédito denominado como cédula de crédito microempresarial, que consiste na emissão de empenhos, sendo estes a forma de pagamento da Administração Pública, liquidados, mas ainda não pagos.

De acordo com Sidney Bittencourt, tal cédula de crédito só poderá ser emitida quando o órgão público já tiver emitido a nota de empenho, contendo o nome do credor, a especificação e a importância pecuniária da despesa e após também sua liquidação.⁶⁸

Este artigo também é alvo de opiniões divergentes. Jorge Ulisses Jacoby Fernandes possui o seguinte entendimento:

[...] já existem instrumentos jurídicos suficientes para que, até por meio de denúncia anônima às Cortes de Contas, seja coibida a prática de retenção

⁶⁷ BRASIL. **Tribunal Regional Federal da 1ª Região**. Agravo de instrumento. AG 2007.01.00.059633-7/DF. Quinta Turma. Relator: Desembargador Federal Fagundes de Deus. Brasília, 22 de maio de 2009. Disponível em: www.trf1.jus.br/default.htm. Acesso em 11 de agosto de 2011.

⁶⁸ BITTENCOURT, Sidney. **As Licitações Públicas e o Estatuto das Microempresas**. Rio de Janeiro: Temas e Idéias, 2007.

abusiva de valores ou assunção de obrigação sem crédito orçamentário, ou sem garantia de recursos financeiros.⁶⁹

Por sua vez, Álvaro Baddini Júnior entende que todos têm direito de receber o que lhe é devido, portanto, este benefício também deveria ser estendido às empresas de médio e grande porte.⁷⁰

Porém, tendo em vista que este artigo, apesar de estar inserido na Seção das Aquisições Públicas, não menciona nada a respeito de licitações, não será feito maiores comentários a seu respeito.

3.6 Licitações exclusivas das ME's ou EPP's

O quarto benefício trazido pela LC 123/06 para as ME's e EPP's foi a previsão da possibilidade de criação de licitações diferenciadas, previstas nos arts. 47 e 48, conforme abaixo:

Art. 47 – Nas contratações públicas da União, dos Estados e dos Municípios, poderá ser concedido tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica, desde que previsto e regulamentado na legislação do respectivo ente.

Art. 48 – Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a Administração Pública poderá realizar processo licitatório:

I – destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nas contratações cujo valor seja de até R\$80.000,00 (oitenta mil reais);

II – em que seja exigida dos licitantes a subcontratação de microempresa ou de empresa de pequeno porte, desde que o percentual máximo do objeto a ser subcontratado não exceda a 30% (trinta por cento) do total licitado;

⁶⁹ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **O Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte, a Lei de Licitações e Contratos e a Lei do Pregão**. Disponível em: <http://www.jacoby.pro.br/Artigo_ProfessorJacoby.pdf>. Acesso em: 12 set. 2011.

⁷⁰ BADDINI JÚNIOR, Álvaro. **Licitações a luz do Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte – Lei Complementar número 123 de 14 de dezembro de 2006**. Disponível em <<http://www.baddiniebaddini.com.br/parecer.asp?Ref=6>>.

III – em que se estabeleça cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte, em certames para a aquisição de bens e serviços de natureza divisível.

§1º O valor licitado por meio do disposto neste artigo não poderá exceder a 25% (vinte e cinco por cento) do total licitado em cada ano civil.

§2º Na hipótese do inciso II do caput deste artigo, os empenhos e pagamentos do órgão ou entidade da Administração Pública poderão ser destinados diretamente às microempresas e empresas de pequeno porte subcontratadas.⁷¹

A instituição da possibilidade de licitações diferenciadas e exclusivas para as ME's e EPP's foi inspirada da legislação norte-americana, no “Small Business Act” que prevê o oferecimento da licitação quando o objeto de disputa for de U\$2.500,00 (dois mil e quinhentos dólares) a U\$100.000,00 (cem mil dólares). A legislação brasileira optou por restringir a disputa à contratação de até R\$80.000,00 (oitenta mil reais).⁷²

Ressalta-se que os benefícios previstos nos arts. 47 e 48 não são auto-executáveis, havendo a necessidade de serem regulamentadas.

Tendo por base o inciso I do artigo 48, verifica-se a possibilidade de realização de certame cujo valor não exceda a R\$80.000 (oitenta mil reais), destinado somente às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte. Tal benefício traz uma grande vantagem para as ME's e EPP's, pois reduz a lista de competidores do certame.⁷³

Para realizar este procedimento licitatório, é necessário que seja feito um planejamento muito correto, pois o valor licitado não poderá exceder a 25% (vinte cinco por cento) do total licitado em cada ano civil.

⁷¹ BRASIL. Lei Complementar 123, de 14 de dezembro de 2006. **Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte**. Brasília, 2006. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em 12 mar. 2011.

⁷² SCARPINO JUNIOR, Luiz Eugenio. As licitações diferenciadas na Lei Geral da Micro e Pequena Empresa, princípios da isonomia e economicidade nas contratações públicas. **Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP**. ano 8, n. 90, jun. 2009. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

⁷³ RACHEL, Andrea Russar. **Breves considerações sobre as licitações em face do Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte**. Disponível em: <http://www.lfg.com.br>. Acesso em 16 set. 2011.

É importante ressaltar que, em razão do inciso I do art. 48 prever que a licitação será destinada exclusivamente às ME's e EPP's, caso uma empresa de médio ou grande porte participe e venha a sair vencedora do certame, este ato será considerado como fraude à licitação. Sobre isso o Tribunal de Contas da União já decidiu:

[...]

22. A Lei Complementar 123/2006 foi criada com o intuito de estabelecer regras de tratamento diferenciado e favorecer às micro e pequenas empresas, em atendimento ao disposto nos arts. 170, inciso IX, e 179 da Constituição da República de 1988, a fim de fomentar seu desenvolvimento econômico.

23. Nesse sentido, o Capítulo V do Estatuto (Do acesso aos mercados) introduziu inovações no ordenamento jurídico, conferindo determinados privilégios às ME e EPP para participar de licitações, criando condições favoráveis à obtenção de contratações administrativas, como se pode depreender da leitura do seu art. 47:

[...]

4.1. É certo que a concretização dos privilégios previstos na Lei deverá ser cercada de cuidados por parte do gestor público. No trecho transcrito abaixo, Jonas Lima narra os problemas ocorridos nos Estados Unidos. Embora tais situações estejam previstas no Estatuto brasileiro, a cautela da Administração Pública far-se-á sempre essencial para evitar situações antijurídicas e injustas.

[...]

4.2. Também os Tribunais de Contas deverão estar atentos para possíveis fraudes, atuando junto aos seus jurisdicionados, preferencialmente de maneira preventiva, orientando-os quanto às melhores práticas a serem adotadas para evitar que o espírito da Lei seja subvertido pelo usufruto das benesses por parte de grandes empresas. No entanto, tais ponderações são insuficientes para constituir óbice à aplicação da Lei.

26. No caso em tela, constatou-se, com base nas pesquisas realizadas nos sistemas informatizados da Administração Pública (Siafi, Siasg, ComprasNet), que a empresa Vencini, apesar de ter faturamento bruto superior ao limite estabelecido pela Lei Complementar 123/2006 (R\$ 2.400.000,00), venceu licitações na qualidade de EPP (item 20 desta instrução), tendo, portanto, se beneficiado indevidamente dessa condição, desvirtuando, com isso, o espírito da citada lei. Tal fato é fundamentado na apuração feita com base no somatório de Ordens Bancárias (OBs) recebidas pela empresa no ano anterior ao das licitações em que se sagrou vencedora (R\$ 3.519.524,08 em 2007 - ver quadro nas fls. 68/83).

27. Essa constatação indica fraude à licitação, conforme previsão do art. 90 da Lei 8.666/93:

Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação:

Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

28. Assim, considerando a preocupação manifestada por esta Corte de Contas no sentido de que os objetivos do Estatuto possam estar sendo maculados por possíveis fraudes e levando em conta que as alegações trazidas ao presente processo pelo responsável não lograram êxito, pelas

razões expostas anteriormente, propõe-se, com fundamento no art. 46 da Lei nº 8.443/92, c/c os arts. 87 e 88 da Lei nº 8.666/93, a declaração de inidoneidade da mencionada empresa para participar, por até 5 anos, de licitações na Administração Pública Federal.⁷⁴
[...]

Portanto, caso seja comprovado que a empresa agiu de má-fé e que praticou a fraude à licitação, o tribunal irá declarar sua inidoneidade.

Verifica-se no inciso II do art. 48 outro benefício trazido pela lei. Trata-se da possibilidade da Administração Pública exigir do ganhador do certame que subcontrate uma ME ou EPP não excedendo a 30% do total licitado.

Para José Anacleto Abduch Santos, a subcontratação é a avença pela qual o contratado transfere para outrem em parte, a execução do contrato com ele originalmente firmado, por intermédio de outro instrumento contratual.⁷⁵

O requisito previsto no inciso II do art. 48 deve estar previsto no edital e no contrato administrativo. Para estimular tal prática, o §2º do mesmo artigo prevê a permissão para que a ME ou EPP contratada receba da Administração Pública e não da empresa subcontratante.

Para Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, ao definir que o pagamento será feito diretamente para o subcontratado, o §2º cria um instituto híbrido entre subcontratação e cessão de crédito.⁷⁶ Porém, a subcontratação não deve ser confundida com a cessão de contrato, pois o vencedor da licitação será, perante a Administração Pública, o responsável

⁷⁴ BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. Representação. Acórdão 3381/2010 - Plenário. Relator(a): Ministro Walton Alencar Rodrigues. Brasília, 16 de dezembro de 2010. Disponível em: <http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=1&doc=72&dpp=75&p=0>. Acesso em 15 de setembro de 2011.

⁷⁵ SANTOS, José Anacleto Abduch. **Licitações e o Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

⁷⁶ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **O Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte, a Lei de Licitações e Contratos e a Lei do Pregão**. Disponível em: <http://www.jacoby.pro.br/Artigo_ProfessorJacoby.pdf>. Acesso em: 12 set. 2011.

pela execução adequada e satisfatória do objeto contratado. O eventual inadimplemento absoluto ou relativo, imputável à ME ou EPP subcontratada, não pode ser oposto pelo particular em face da Administração Pública.⁷⁷

Para Marçal Justen Filho, o maior problema da subcontratação seria o risco da criação de ME's ou EPP's, mantidas mediante interpostas pessoas, para satisfazer à legislação. Além disso, não existe disciplina legislativa sobre o tema, o que dificulta a aplicação da regra.⁷⁸

Verifica-se que o inciso II do art. 48 traz um grande benefício para as ME's e EPP's, pois permite que a Administração Pública intervenha na subcontratação, diminuindo a possibilidade da empresa subcontratante não repassar à ME ou EPP subcontratada o valor que recebeu do Poder Público.

José Anacleto Abduch Santos considera tal benefício como:

Uma vez prevista no instrumento convocatório, poderá ocorrer a subcontratação por parte do contratado, nos limites admitidos pela Administração. Pela sistemática da Lei Complementar 123/06, fica facultada a constituição de uma relação jurídica direta entre a Administração contratante e o subcontratado enquadrado como microempresa ou empresa de pequeno porte, que poderá ser beneficiário direto de empenhos ou de pagamentos devidos pelo Poder Público, o que seguramente constitui uma vantagem econômica considerável.⁷⁹

⁷⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **O Estatuto da Microempresa e as Licitações Públicas**. 2. ed. rev. e atual., de acordo com a Lei Complementar 123/2006 e o Decreto Federal 6.204/2007. São Paulo: Dialética, 2007.

⁷⁸ Ibidem.

⁷⁹ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **O Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte, a Lei de Licitações e Contratos e a Lei do Pregão**. Disponível em: <
http://www.jacoby.pro.br/Artigo_ProfessorJacoby.pdf>. Acesso em: 12 set. 2011.

O maior problema deste benefício consiste em como a Administração Pública irá aferir o valor devido à ME ou EPP pelas compras, obras e serviços realizados.⁸⁰

No inciso III do mesmo artigo encontra-se previsto o benefício da participação das ME's ou EPP's em licitações para aquisição de bens e serviços de natureza divisível, ou seja, que podem ser fracionados, sendo disponibilizado 25% do objeto para ser disputado por elas.

Este inciso permite que a Administração Pública, caso seja divisível, divida o objeto licitado, reservando parte deste objeto para as Microempresas e Empresas e Pequeno Porte e o restante para as demais.

Marçal Justen Filho possui o seguinte entendimento acerca deste inciso:

[...] não existe impedimento a que as ME e EPP participem também da disputa pela cota a elas não reservada.

De todo o modo, deve-se destacar que essa solução envolve uma dificuldade na fixação de requisitos de participação, os quais deverão ser proporcionais à dimensão da cota disputada. O edital deverá estabelecer requisitos de qualificação técnica e de capacitação econômico-financeira referidos não à totalidade do objeto, mas sim à cota reservada preferencialmente para as ME e EPP.⁸¹

Ressalta-se que as opções previstas no art. 48 são alternativas, não sendo cumuláveis em um mesmo certame.

Além disso, existem três requisitos para a adoção das licitações diferenciadas, não podendo as características restritivas previstas no art. 48 serem adotadas de forma isolada. O primeiro seria um requisito de natureza formal, pois somente poderão ser adotadas as mencionadas licitações se houver regulamentação pela legislação específica do

⁸⁰ SANTOS, José Anacleto Abduch. **Licitações e o Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

⁸¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **O Estatuto da Microempresa e as Licitações Públicas**. 2. ed. rev. e atual., de acordo com a Lei Complementar 123/2006 e o Decreto Federal 6.204/2007. São Paulo: Dialética, 2007.

ente federativo. O segundo requisito seria de natureza teleológica ou finalística, pois tais licitações se peculiarizam por serem norteadas à realização de determinada finalidade. O terceiro requisito seria de natureza material, pois consiste na previsão de restrições que usualmente seriam reputadas como inválidas.⁸²

Marçal Justen Filho expõe o seguinte entendimento acerca do artigo 48:

[...] em todas as três hipóteses previstas no art. 48, se exige a vinculação da solução adotada com a realização dos fins contemplados no art. 47 da mesma LC nº 123.

Não será válida a prática de pura e simplesmente adotar uma licitação diferenciada autorizada no art. 48 sem prever e demonstrar a sua instrumentalidade para a produção dos resultados exigidos no art. 47.⁸³

Verifica-se, portanto, que todas as licitações diferenciadas previstas no artigo 48 devem possuir como justificativa os motivos presentes no artigo 47 da lei complementar em estudo.

O artigo 49, que traz as restrições da aplicabilidade dos artigos 47 e 48 da lei, possui a seguinte redação:

Art. 49. Não se aplica o disposto nos arts. 47 e 48 desta Lei Complementar quando:

I - os critérios de tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não forem expressamente previstos no instrumento convocatório;

II - não houver um mínimo de 3 (três) fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório;

III - o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não for vantajoso para a administração pública ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado;

IV - a licitação for dispensável ou inexigível, nos termos dos arts. 24 e 25 da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993.⁸⁴

⁸² JUSTEN FILHO, Marçal. **O Estatuto da Microempresa e as Licitações Públicas**. 2. ed. rev. e atual., de acordo com a Lei Complementar 123/2006 e o Decreto Federal 6.204/2007. São Paulo: Dialética, 2007.

⁸³ Ibidem.

O inciso I deste artigo determina que para ocorrer os certames com critérios de tratamento diferenciado e simplificado, deve haver previsão no instrumento convocatório. Para Sidney Bittencourt este artigo chega a ser risível, porquanto disciplina o óbvio.⁸⁵

Já o inciso II traz uma restrição e impõe uma condição para que seja realizada as licitações com tratamento diferenciado. Para Marçal Justen Filho, a vontade legislativa não é a restrição absoluta da disputa, mas a competição entre pequenas empresas.⁸⁶ Sendo assim, caso exista em uma determinada região vários licitantes, sendo somente duas Microempresas ou Empresas de Pequeno Porte, não poderá ocorrer a licitação com tratamento diferenciado e simplificado.

Está previsto no inciso III dois motivos para não adoção do tratamento diferenciado e simplificado, sendo eles: quando não for vantajoso para a Administração Pública ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado.

A respeito do primeiro motivo mencionado no parágrafo anterior, Marçal Justen Filho possui o seguinte entendimento:

[...] deve-se entender que não se admitirá que a Administração Pública desembolse valores incompatíveis com os preços disponíveis no mercado. Se o resultado da licitação diferenciada conduzir a preços superiores aos usuais de mercado, caberá à Administração Pública promover a revogação da licitação.⁸⁷

⁸⁴ BRASIL. Lei Complementar 123, de 14 de dezembro de 2006. **Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte**. Brasília, 2006. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em 12 mar. 2011.

⁸⁵ BITTENCOURT, Sidney. **As Licitações Públicas e o Estatuto das Microempresas**. Rio de Janeiro: Temas e Idéias, 2007.

⁸⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **O Estatuto da Microempresa e as Licitações Públicas**. 2. ed. rev. e atual., de acordo com a Lei Complementar 123/2006 e o Decreto Federal 6.204/2007. São Paulo: Dialética, 2007.

⁸⁷ Ibidem.

Tal entendimento deve ser adotado, pois o objetivo da licitação deve ser sempre o de selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública e para a coletividade, conforme determina um dos princípios das licitações, o julgamento objetivo.

Ainda em relação ao inciso III do artigo 49, sobre o segundo motivo da não adoção do tratamento diferenciado e simplificado, Marçal Justen Filho afirma que essa hipótese é especialmente adequada aos casos em que se fraciona o objeto, mas também poderia ser aplicada quando pretendesse impor a obrigatoriedade da subcontratação.⁸⁸

O inciso IV abrange os casos em que a licitação é dispensável ou inexigível, com base nos artigos 24 e 25 da Lei de Licitações.

Segundo Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, o sistema acaba por limitar o incentivo, pelas razões que o legislador entendeu justificável.⁸⁹

⁸⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **O Estatuto da Microempresa e as Licitações Públicas**. 2. ed. rev. e atual., de acordo com a Lei Complementar 123/2006 e o Decreto Federal 6.204/2007. São Paulo: Dialética, 2007.

⁸⁹ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **O Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte, a Lei de Licitações e Contratos e a Lei do Pregão**. Disponível em: <
http://www.jacoby.pro.br/Artigo_ProfessorJacoby.pdf>. Acesso em: 12 set. 2011.

CONCLUSÃO

Após a leitura de todo o aparato legal e toda a doutrina para a realização desse trabalho, conclui-se que a intenção do legislador constitucional em proteger as Microempresas e Empresas de Pequeno Porte é louvável. Deve-se, realmente, conceder a elas todas as possibilidades para que consigam atuar no mercado.

Além disso, a necessidade de observância a determinados privilégios, podem trazer grandes dificuldades para o administrador, pois a Microempresa ou Empresa de Pequeno Porte pode não ter a condição técnica ou a qualidade necessária para oferecer o produto ou o serviço objeto do certame, trazendo assim prejuízos para a sociedade.

Outro problema que a lei em estudo pode acarretar seriam as fraudes. Estas se configurariam com a criação, por parte das grandes empresas, de Microempresas ou Empresas de Pequeno Porte, somente para participar dos certames e contar com essa série de benefícios.

Verifica-se, com o presente estudo, que o Estado possui diversas maneiras muito mais eficazes para promover o crescimento das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte como, por exemplo, facilitar a formalização dessas empresas, conceder linhas de crédito e promover uma grande redução tributária.

Com relação à divergência de opiniões acerca da constitucionalidade dos benefícios trazidos pelo Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte, no tocante às aquisições públicas, entende-se que tais favorecimentos não devem ser considerados

inconstitucionais, pois não são contra o princípio da isonomia. Acerca dessa questão, Maria Sylvia Zanella Di Pietro possui o seguinte posicionamento:

As exceções mencionadas não conflitam com o princípio da isonomia, uma vez que o artigo 5º da Constituição somente assegura igualdade entre brasileiros e estrangeiros em matéria de direitos fundamentais. Além disso, no caso das microempresas e empresas de pequeno porte, o tratamento diferenciado resulta da própria situação desigual dessas empresas em relação a outras que não têm a mesma natureza; por outras palavras, trata-se de tratar desigualmente os desiguais.⁹⁰

Por sua vez, Diógenes Gasparini entende que o tratamento diferenciado e favorecido concedido às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte pela Lei Complementar n.º 123/2006 foi editada para atender o disposto nos artigos 170, inciso IX, e 179 da Constituição Federal. Para ele, tendo em vista as diversas diferenças existentes nas ME's e EPP's, elas podem ser tratadas de forma diferenciada. Em razão disso, mesmo em termos licitatórios, pode-se dizer que não há ofensa ao princípio da igualdade. Ainda segundo ele, este princípio dá sustentação constitucional ao Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte.⁹¹

Sendo assim, não há que se falar em inconstitucionalidade da lei em estudo, pois a própria Lei Magna que outorgou a possibilidade de concessão de tais benefícios e autorizou o tratamento diferenciado às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte. O que deve ser discutido é a questão das lacunas existentes na lei que dificultam sua aplicabilidade como, por exemplo, o prazo que as ME's ou EPP's têm para cobrir a oferta, nos moldes dos artigos 44 e 45 da lei em estudo.

⁹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

⁹¹ GASPARINI, Diógenes *apud* RACHEL, Andrea Russar. **Breves considerações sobre as licitações em face do Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte**. Disponível em: <http://www.lfg.com.br>. Acesso em 16 set. 2011.

Como contribuição acadêmica, sugere-se que seja feito um estudo sobre as lacunas existentes na lei, procurando saná-las, evitando assim a necessidade de se recorrer sempre à doutrina para complementar o entendimento. Tal solução poderia até ser utilizada se todos os doutrinadores possuísem o entendimento mais uniforme, o que não ocorre quando se trata da Lei Complementar n.º 123/2006.

Além disso, verifica-se que existe um desconhecimento pelos micro e pequenos empresários acerca dos benefícios presentes na lei, no tocante às aquisições públicas. Sugere-se também uma maior divulgação, a ser realizada pelo Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas – SEBRAE, para que os beneficiados com a lei tenham conhecimento de seus privilégios, através de seminários, cursos, palestras e workshops.

REFERÊNCIAS

AKASHI, Diogo Telles. **Repercussões do Estatuto das Micro e Pequenas Empresas nas licitações públicas**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10085/repercussoes-do-estatuto-das-micro-e-pequenas-empresas-nas-licitacoes-publicas>>. Acesso em 18 ago. 2011.

ARAÚJO, Thiago Cássio d'Ávila. Compreensão geral do Estatuto das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – A natureza jurídica dos seus favorecimentos em licitações e contratos administrativos. **Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP**. ano 8, n. 95, nov. 2009. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

BADDINI JÚNIOR, Álvaro. **Licitações a luz do Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte – Lei Complementar número 123 de 14 de dezembro de 2006**. Disponível em <<http://www.baddiniebaddini.com.br/parecer.asp?Ref=6>>.

BITTENCOURT, Sidney. **As Licitações Públicas e o Estatuto das Microempresas**. Rio de Janeiro: Temas e Idéias, 2007.

BITTENCOURT, Sidney. O tratamento diferenciado dado às microempresas e empresas de pequeno porte no pregão (Lei Complementar n.º 123/2006). **Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP**. ano 1, n. 1, jan. 2002. Belo Horizonte: Fórum, 2002.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em 15 mar. 2011.

BRASIL. Lei n.º. 8666, de 21 de junho de 1993: **Licitações e contratos administrativos**. Brasília, 2006. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em 12 mar. 2011.

BRASIL. Lei Complementar 123, de 14 de dezembro de 2006. **Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte**. Brasília, 2006. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em 12 mar. 2011.

BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. Relator(a): Ministro Aroldo Cedraz. Disponível em: <http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=1&doc=46&dpp=50&p=0>. Acesso em 15 de setembro de 2011.

BRASIL. **Tribunal Regional Federal da 1ª Região**. Relator: Desembargador Federal Carlos Olavo. Disponível em: <<http://www.trf1.jus.br/default.htm>>. Acesso em 11 ago. 2011.

BRASIL. **Tribunal Regional Federal da 1ª Região**. Relator: Desembargador Federal Fagundes de Deus. Disponível em: <<http://www.trf1.jus.br/default.htm>>. Acesso em 11 ago. 2011.

BRASIL. **Tribunal Regional Federal da 1ª Região**. Relator: Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues. Disponível em: <<http://www.trf1.jus.br/default.htm>>. Acesso em 11 ago. 2011.

BRASIL. **Tribunal Regional Federal da 1ª Região**. Relatora: Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida. Disponível em: <<http://www.trf1.jus.br/default.htm>>. Acesso em 11 ago. 2011.

BRAZUNA, José Luis Ribeiro. Lei Complementar n.º 123/2006 – Inconstitucionalidade dos benefícios para microempresa e empresas de pequeno porte em licitações públicas. **Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP**. ano 8, n. 94, out. 2009. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

COVRE, Geyza Dias Antunes. **A LC123/06 e seus reflexos no procedimento licitatório**. Disponível em: <http://www2.oabsp.org.br/asp/comissoes/direito_administrativo/noticias/procedimento_licitatorio.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **O Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte, a Lei de Licitações e Contratos e a Lei do Pregão**. Disponível em: <http://www.jacoby.pro.br/Artigo_ProfessorJacoby.pdf>. Acesso em: 12 set. 2011.

GASPARINI, Diógenes. Pregão presencial e microempresa. **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**. Ano 8, n. 86, fev. 2009. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GIOIELLI, Alfredo. **O abuso das Micro e Pequenas empresas nas licitações**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-ago-27/abuso_micro_pequenas_empresas_licitacoes>. Acesso em: 02 abr. 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O Estatuto da Microempresa e as Licitações Públicas**. 2. ed. rev. e atual., de acordo com a Lei Complementar 123/2006 e o Decreto Federal 6.204/2007. São Paulo: Dialética, 2007.

LECHETA, Luciane do Rocio. **Impactos da Lei Complementar 123/06 nas licitações públicas.** Disponível em: <http://edital.com/pt/artigos/impactos-da-lei-complementar-12306-nas-licitacoes-publicas/>. Acesso em 20 set. 2011.

LIMA, Jonas. **O Estatuto da Microempresa e as Licitações Públicas.** 2. ed. São Paulo: Dialética, 2007.

LUZ, Felipe Augusto. **O Estatuto das Pequenas Empresas no âmbito das licitações e o tratamento jurídico diferenciado.** Disponível em: <http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=1510&idAreaSel=1&seeArt=yes>. Acesso em 22 set. 2011.

MAMEDE, Gladston. **Direito Empresarial Brasileiro: empresas e atuação empresarial,** v. 1, 2. Ed, 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2008.

MARTINS, Fran. **Curso de Direito Comercial: empresa comercial, empresários individuais, microempresas, sociedades comerciais, fundo de comércio.** Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes. **Licitação e seus Princípios na Jurisprudência.** 1ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno.** 12 ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo.** 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MOTTA, Carlos Pinto. **Eficácia nas licitações e contratos.** 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Repercussões do estatuto das microempresas e das empresas de pequeno porte em licitação pública.** Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/repercuss%C3%B5es-do-estatuto-das-microempresas-e-das-empresas-de-pequeno-portal/licita%C3%A7%C3%A3o-p%C3%BAb>. Acesso em 18 ago. 2011.

RACHEL, Andrea Russar. **Breves considerações sobre as licitações em face do Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte**. Disponível em: <http://www.lfg.com.br>. Acesso em 16 set. 2011.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. **Micro e pequenas empresas em licitação: a LC n. 123/06 de 14.12.06**. São Paulo: Thomson, 2007.

SANTANA, Jair Eduardo; GUIMARÃES, Edgar. Visão geral do Estatuto das Microempresas e seu impacto nas licitações. **Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP**. Ano 8, n. 94, out. 2009. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

SANTOS, José Anacleto Abduch. **Licitações e o Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

SCARPINO JUNIOR, Luiz Eugenio. As licitações diferenciadas na Lei Geral da Micro e Pequena Empresa, princípios da isonomia e economicidade nas contratações públicas. **Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP**. Ano 8, n. 90, jun. 2009. Belo Horizonte: Fórum, 2009.